

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO SEGUNDO 2º MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE  
BOGOTÁ D.C.**

**ACCIÓN DE TUTELA**

**RADICADO: 11001 41 05 002 2020 00298 00**

**ACCIONANTE: ELISA JANNETH OLMOS RODRÍGUEZ**

**DEMANDADO: FAMISANAR E.P.S. Y PORVENIR S.A.**

**S E N T E N C I A**

En Bogotá D.C., el dos (02) de julio de dos mil veinte (2020) procede éste Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela instaurada por la señora ELISA JANNETH OLMOS RODRÍGUEZ en contra de FAMISANAR E.P.S. Y PORVENIR S.A., en los términos y para los fines concebidos en el escrito de solicitud de amparo constitucional.

**ANTECEDENTES**

ELISA JANNETH OLMOS RODRÍGUEZ promovió acción de tutela en contra de FAMISANAR E.P.S. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la dignidad humana y a la igualdad, presuntamente vulnerados por los accionados, al abstenerse de realizar el pago a su favor de las incapacidades continuas posteriores al día 181.

Como fundamento de sus pretensiones, la accionante indicó que laboró para la sociedad **BICICLETAS SUPERBIKER S.A.S**, desde el primero (1) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) al veintinueve (29) de abril de dos mil veinte (2020) y el contrato finalizó por mutuo acuerdo, teniendo en cuenta que la compañía empezó a presentar problemas financieros. Indicó que durante la relación laboral estuvo afiliada a FAMISANAR E.P.S. Y PORVENIR S.A.

Adicionalmente la accionante señaló que ha tenido incapacidades ininterrumpidas desde el diecinueve (19) de enero de dos mil diecinueve (2019) hasta el diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020); que se le adeudan las incapacidades generadas desde el dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019) y en diversas oportunidades ha solicitado a las accionadas el pago de las incapacidades, sin embargo, dicha solicitud es rechazada bajo el argumento que tiene concepto desfavorable de rehabilitación.

Indicó que mediante dictamen número 52179629-4330 emitido el diecinueve (19) de febrero de la presente anualidad, La Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en segunda instancia, le dictaminó una pérdida de capacidad laboral correspondiente al 14%.

Así las cosas, mediante auto proferido el dieciocho (18) de junio de los corrientes, se admitió la acción de tutela y se ordenó la vinculación de BICICLETAS SUPERBIKER S.A.S.

### **CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

**FAMISANAR E.P.S.**, adujo que el último ciclo de incapacidades a favor de la accionante inició el diecinueve (19) de enero de dos mil diecinueve (2019) y finalizó el diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020) para un total de 426 días, de los cuales cumplió 180 días el diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Indicó que emitió concepto desfavorable de rehabilitación el diez (10) de julio de dos mil diecinueve (2019) y fue notificado el diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019). Finalmente, indicó que las incapacidades reclamadas por la accionante le corresponden a la A.F.P.

**AFP PORVENIR:** precisó que en el presente caso se tiene que la EPS emitió concepto de rehabilitación desfavorable, razón por la cual esa A.F.P., procedió a solicitar a la aseguradora ALFA S.A. y a las Juntas Regional y Nacional la valoración de la pérdida de capacidad laboral, proceso realizado de forma efectiva.

De igual forma señaló que en el presente caso no procede el pago de incapacidades por parte de PORVENIR S.A. debido a que existe concepto no favorable de rehabilitación, por ello se le dio trámite a la calificación de pérdida de capacidad laboral y no hay derecho al pago de incapacidades.

**BICICLETAS SUPERBIKER S.A.S.**, indicó que durante la vigencia del vínculo laboral no vulneró derecho fundamental alguno de la accionante.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Dentro de la presente acción de tutela corresponde determinar si las entidades demandadas y la vinculada violaron los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la dignidad humana y a la igualdad, de la señora ELISA JANNETH OLMOS RODRÍGUEZ, al abstenerse de realizar el pago a su favor de las incapacidades continuas posteriores al día 181.

### **CONSIDERACIONES**

#### **De la acción de tutela**

Conforme al Artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando estos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona que se encuentre en estado de subordinación o indefensión, a fin de obtener la pronta y

efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

### **Del pago de incapacidades por parte de la EPS y la AFP**

El artículo 206 de la Ley 100 de 1993 establece: “*para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes*”, acorde con dicha disposición, es la EPS la encargada de cubrir las prestaciones económicas procedentes de incapacidad médica, cuando la misma sea generada con ocasión a una enfermedad de origen común.

Ahora, de conformidad con el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, las EPS deben cubrir hasta ciento ochenta (180) días de incapacidades.

A su vez, los incisos 5° y 6° del artículo 142 del Decreto Ley 0019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, a su vez modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, dispone:

*“(..). Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional (sic) de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda.*

*(..).”*

De conformidad con lo expuesto previamente, el pago del auxilio de incapacidad a favor de los afiliados cotizantes estará a cargo de la Entidad Promotora de Salud por los primeros 180 días, quien a su vez tiene la obligación de emitir concepto de rehabilitación antes del día 120 y enviarlo a la AFP antes de que se cumpla el día 150 de incapacidades ininterrumpidas. Así las cosas, cuando exista concepto favorable de rehabilitación, le corresponderán a la Administradora de Fondos de Pensiones – AFP el pago de las incapacidades que se generen a partir del día 181 y hasta por un término máximo de 360 días calendario.

Frente al tema analizado, la Corte Constitucional en la sentencia T-401 de 2017, recordó las reglas generales para el reconocimiento de incapacidades así:

*“(i) Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.*

(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS.

(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, **sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.**

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente.”

En este mismo orden de ideas, se puntualizó en la sentencia a que se ha hecho referencia, que en los casos donde superados los 180 días sin emitir concepto de rehabilitación por parte de la EPS, el pago de las incapacidades seguirá siendo asumido por la EPS hasta tanto emita dicho concepto. De igual forma, aclaró que en reiteradas posturas ha sido indicado por el máximo Órgano Constitucional que no importa que el concepto de rehabilitación sea desfavorable, dichos pagos de incapacidades deben ser asumidos por la AFP. Al respecto señaló:

*“Respecto del concepto favorable de rehabilitación conviene destacar que, conforme al Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda. No obstante, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.*

**Es necesario enfatizar en que el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Este asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador.**

(...)

Al respecto, cabe indicar que la norma legal referida no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la

*igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral.*

*Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia **T-920 de 2009** que **las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones** hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones.”*

### **Del caso en concreto**

ELISA JANNETH OLMOS RODRÍGUEZ, interpuso acción de tutela contra la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y FAMISANAR E.P.S., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna, puesto que dichas entidades se han abstenido de pagarle las incapacidades generadas desde el dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019) hasta el diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020).

Así las cosas, dentro de la documental aportada con la acción de tutela, se evidencia que la demandante allegó certificado incapacidades continuas generadas desde el diecinueve (19) de enero de dos mil diecinueve (2019) hasta el diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020), para un total de 426 días de incapacidades continuas por el diagnóstico S520.

De conformidad con el certificado de incapacidades y con el propio dicho de la demandante, se tiene demostrado que los primeros 180 días (desde el 19/01/19 al 17/07/19) se encuentra pagados en debida forma por parte de FAMISANAR E.P.S.

De igual forma, se tiene acreditado que si bien el concepto de rehabilitación no se expidió y notificó dentro del término legal por parte de FAMISANAR, por cuanto de conformidad con la legislación citada, dicho concepto debe “...ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto”; lo cierto es que de la documental aportada por la E.P.S., se evidencia que el concepto de rehabilitación fue expedido el diez (10) de julio de dos mil diecinueve (2019) y recibido por porvenir el diecisiete (17) de julio de dos mil diecisiete (2017), esto es en el día 180 de incapacidad, por lo que las generadas con posterioridad debían ser pagadas por la A.F.P.

De otra parte, se evidencia que PORVENIR se ha negado a realizar el pago de las incapacidades generadas a partir del día 181 esto es, desde el dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019) hasta el diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020) bajo el argumento que la accionante obtuvo un concepto desfavorable de rehabilitación y en esos casos lo precedente no es el pago de incapacidades sino la calificación, tal y como se hizo.

Al respecto, observa el Despacho que PORVENIR ha inobservado el contenido de las normas y jurisprudencia de la Corte Constitucional a que se ha venido haciendo referencia, puesto que el pago a cargo de la A.F.P. es “*A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.*”

La anterior situación ha causado un grave perjuicio a la demandante, en la medida que ha dejado de recibir los recursos con los cuales garantiza su congrua subsistencia, lo cual a su vez ha implicado una grave afectación a sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social.

Acorde con lo expuesto y teniendo en cuenta que la accionante ELISA JANNETH OLMOS RODRÍGUEZ acreditó dentro del proceso que cuenta 426 días con incapacidades continuas, de las cuales se adeudan las causadas a partir del día 181, esto es desde el dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019) hasta el diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020), se dispondrá el amparo del referido derecho y se ordenará a LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a través de su representante legal, el señor MIGUEL LARGACHA MARTÍNEZ o quien haga sus veces, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, que proceda a pagar las incapacidades reconocidas e insolutas que existan a favor desde el 18 DE JULIO DE 2019 HASTA EL 19 DE MARZO DE 2020.

#### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO 2° MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: AMPARAR** los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de la demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a través de su representante legal, el señor MIGUEL LARGACHA MARTÍNEZ o quien haga sus veces, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, pague al demandante ELISA JANNETH OLMOS RODRÍGUEZ identificada con cédula de ciudadanía 52.179.629, las incapacidades reconocidas en debida forma por el médico tratante desde el 18 DE JULIO DE 2019 HASTA EL 19 DE MARZO DE 2020.

**TERCERO: ADVERTIR** que teniendo en cuenta el Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica que se está viviendo en el territorio nacional (Decreto 417 de 17 de marzo de 2020), acompasado con los Acuerdos PCSJA20-11518 y PCSJA20-11519, en caso de presentarse impugnación contra la presente sentencia, deberá ser remitida únicamente al correo electrónico [J02LPCBTA@CENDOJ.RAMAJUDICIAL.GOV.CO](mailto:J02LPCBTA@CENDOJ.RAMAJUDICIAL.GOV.CO), **EN UN HORARIO DE ATENCIÓN DE 8:00 A.M. A 01:00 P.M. Y DE 02:00 P.M. A 05:00 P.M.**

**CUARTO:** En caso de que la presente sentencia no sea impugnada, por secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

**QUINTO:** publicar esta decisión en la página de la Rama Judicial e informar a las partes la forma de consultarlo.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**Firmado Por:**

**PAULA CAROLINA CUADROS CEPEDA  
JUEZ MUNICIPAL  
JUZGADO 2Do MPAL PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES BOGOTA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**c0dd63de799bc65fcf1f6609a5e0673e5438a0865a9fcc15f217d3b87797d99c**

Documento generado en 02/07/2020 02:26:01 PM